Eigentumserwerb durch unbeauftragte Bevollmächtigte.

Dissertation

zur Erlangung

der juristischen Doktorwürde

der Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Otto Begemann,

Referendar in Reinbek in Holstein.

ACAD. JURIDICAT BIBL.

ALTONA.

Druck von Martin Gehricke.

1910.

Referent: Prof. Dr. Bernhöft.

Literaturverzeichnis.

1. Biermann, Kommentar zum Sachenrecht des B. G. B. 2. Aufl. 1903.
2. Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des B. G. B., Straßburger Dissertation 1900.
3. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. Bd. III, 1908.
4. Eccius, Besprechung von: Predari, Grundbuchordnung, Berlin 1900 in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 45, S. 455/56.
5. Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, in Gruchots Beiträgen, Bd. 47, S. 51 ff.
6. Eger, Vertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, Gießener Dissertation 1900.
7. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. und 9. Aufl. 1905.
8. Isay, Die Geschäftsführung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, 1900. In Fischers Beiträgen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Bd. 6.
9. Kohler, Vertrag und Übergabe, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 18, S. 1 ff.
10. Langen, Eigentumserwerb und -verlust beim Kommissionsgeschäft, 1900.
11. Leonhard, Franz, Vertretung beim Fahrniserwerb, 1899.
12. Leonhard, Franz, Besprechung von: Isay, Geschäftsführung, in der Kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 44 (3. Folge, Bd. 8), 1903.

13. v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 16/17. Aufl. 1908.
14. Neuburger, Eigentumserwerb durch Anspruchsabtretung, Tübinger Dissertation, 1901.
15. Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechts, Bd. I., Abtl. 1, 1900.
16. Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag, 1904.
17. Örtmann, Besprechung von: Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 17, S. 342.
18. Örtmann, Besprechung von: Bruck, Die Einigung im Sachenrecht, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 20, S. 96.
19. Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Bd. 3, 1906.
20. Przibilla, Der Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 50, S. 323 ff.
21. Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Bd. I, 1899.
22. Reichel, Die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis an den Gläubiger (§ 825 Z. P. O.) Ihre bürgerlich-rechtlichen Wirkungen. In Jherings Jahrbüchern, Bd. 53, 1908, S. 108 ff.
23. Rümcker, Der Erwerb des Eigentums nach § 931. Heidelberger Dissertation 1907.
24. Ruppel, Übertragung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen bei Besitz eines Dritten. Leipziger Dissertation 1904.
25. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, 3/4. Aufl. 1907, 5/6. Aufl. 1910.
26. Wolff, Begründet das über ein Immobiliarrecht formlos geschlossene Kaufgeschäft einen klagbaren Anspruch auf die Rechtsänderung? In Gruchots Beiträgen, Bd. 47, S. 26 ff.

Eigentumserwerb durch unbeauftragte Bevollmächtigte.

Beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen kann zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eine Mittelsperson stehen, die je nach der Art ihrer Mitwirkung den Eigentumsübergang in der verschiedensten Weise modifiziert. Geschieht diese Mitwirkung zu Gunsten des Erwerbers, so sind folgende vier Gruppen von Fällen zu unterscheiden, wobei wir den Veräußerer mit V, den Erwerber mit E und die Mittelsperson mit M bezeichnen wollen:

I. Auftrag und Vollmacht. M ist von E beauftragt worden, sei es im engeren Sinne (B. G. B. §§ 662 ff.), sei es im Rahmen eines Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsvertrages (B. G. B. § 675), eine Sache für ihn von V zu erwerben; zugleich ist er bevollmächtigt, die Sache in E's Namen zu erwerben. Handelt M dementsprechend, so geht das Eigentum mit der Übergabe der Sache an M unmittelbar von V auf E nach § 929 über. Die in E's Namen vorgenommene dingliche Einigung wirkt wegen der Vollmacht unmittelbar für E (§ 164), und da dieser zugleich mittelbaren Besitz an der seinem Beauftragten M ausgehändigten Sache erwirbt, so liegt auch die erforderliche Übergabe vor. [1])

[1]) Vgl. näher unten S. 9/10.

II. Fehlen von Auftrag und Vollmacht. M kann sich auch ohne Auftrag und Vollmacht zwischen V und E schieben. Tritt er dabei in E's Namen auf, so erwirbt dieser erst, wenn er genehmigt hat (§ 177); bei verweigerter Genehmigung bleibt V Eigentümer. Tritt M dagegen in eigenem Namen auf, so geht das Eigentum von V auf E in 2 selbständigen Stufen über: M erwirbt für sich von V, E von M. Lehnt E den Erwerb ab, so bleibt das Eigentum bei M.

III. Auftrag ohne Vollmacht. Dieser Fall unterscheidet sich von der zweiten Hälfte des vorigen dadurch, daß hier E den Erwerb von M nicht ablehnen kann. Unter M kann man sich für diesen Fall einen Einkaufskommissionär vorstellen.

Die bisherigen 3 Fälle kommen im Leben häufig vor, und ihre Entscheidung bietet kaum Schwierigkeiten und Zweifel, sodaß sie einer besonderen wissenschaftlichen Erörterung nicht bedürfen. [1]) Anders steht es mit der vierten Gruppe.

IV. Vollmacht ohne Auftrag. Das Eigentümliche dieser Gruppe sei zunächst an einigen Beispielen dargelegt.

1. V bietet dem E eine Sache zum Kauf an; E erklärt, er werde M schicken, der für ihn abschließen solle; dieser lehnt jedoch E's Bitte, die Sache zu prüfen und womöglich für ihn zu kaufen, ab, begibt sich aber trotzdem zu V und kauft die Sache, und zwar — ausdrücklich oder stillschweigend — in E's Namen, die ihm dann von V ausgehändigt wird. Dem von V benachrichtigten E weigert er die Herausgabe, da er für sich gekauft habe.

[1]) Hierbei ist allerdings von der schwierigen und bestrittenen Frage der stillen Vertretung beim Eigentumserwerb abgesehen.

2. Oder: M bereut seine Ablehnung und erwirbt nachträglich die Sache für E von V, ohne E von der Änderung seines Entschlusses vor dem Erwerb Mitteilung zu machen.

3. Oder: M nimmt den Auftrag an, E widerruft ihn jedoch vor der Ausführung; bevor aber V den Widerruf erfährt, erwirbt M die Sache von V in E's Namen wie in 1 oder 2.

4. M, der Einkäufer einer Importfirma (E), dem Prokura erteilt ist, hat Anweisung erhalten, eine bestimmte Ware in diesem Jahre nicht einzukaufen; da ihm jedoch zufällig von V ein ganz besonders günstiges Angebot in diesem Artikel gemacht wird, nimmt er es trotz des Verbots an und sendet den Posten mit den übrigen an seine Firma.

5. Oder: M kauft statt des ihm genau angewiesenen Quantums irrtümlich oder absichtlich ein größeres. [1])

6. M stiehlt das nach § 808 ausgestellte Sparkassenbuch des E und erhebt in dessen Namen den Betrag von V.

7. M, der entlassene Handlungsgehülfe (Reisende, Dienstbote etc.) des E hat eine ihm von seinem früheren Prinzipal ausgestellte Vollmachtsurkunde zurückzubehalten gewußt und mißbraucht sie nun dazu, bei dem unkundigen V Waren auf den Kredit des E zu entnehmen und für sich zu verwenden; oder er benutzt den Umstand, daß dem V, bei dem er bis dahin regelmäßig in E's Namen und Auftrag gekauft hat, die Entlassung noch nicht mitgeteilt ist. [2])

Das Gemeinsame dieser Beispiele, das ihre Zusammenfassung in einer besonderen Gruppe rechtfertigt, ist oben schon durch die Überschrift gesagt: Vollmacht ohne Auftrag. M hat Vollmacht, dem V gegenüber mit Rechtswirkung

[1]) Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb 1899, S. 99 unten.
[2]) Leonhard, a. a. O. S. 100.

für und gegen E zu handeln. In No. 1—3 hat er diese Vollmacht gemäß § 167 erworben, und sie ist durch den Widerruf nicht beseitigt, da er dem V nicht bekannt geworden ist (§ 170). In No. 4 und 5 liegt die Vollmacht in der Prokura, in No. 6 in der Eigenschaft des Sparkassenbuchs als eines Legitimationspapieres nach § 808; für No. 7 vgl. § 172. Die Vollmacht ist das gemeinsame positive Moment; ebenso ist auch ein negatives Moment allen Beispielen gemeinsam: Das Fehlen eines der Vollmacht entsprechenden internen Auftrags im weitesten Sinne, das Fehlen der sog. Innenbeziehung zwischen E und M, zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem. Hierbei ist die auftraglose Geschäftsführung (Beispiel 2, 4) nicht als Innenbeziehung angesehen worden. [1])

Den Gegenstand der folgenden Untersuchung bildet nun ausschließlich die Frage, wie es in der genannten Gruppe von Fällen mit dem Eigentumserwerb steht. Von vornherein sind 3 Möglichkeiten gegeben: Entweder erwirbt M das Eigentum, oder E, oder keiner von beiden, d. h. das Eigentum bleibt bei V.

Die erste Möglichkeit scheidet jedoch sofort aus. Für den Erwerb des M fehlt es stets an der dinglichen Einigung, da M in E's Namen auftritt, V ihn daher als E's Vertreter ansieht und nicht ihm, sondern seinem Vertretenen E Eigentum verschaffen will. Das gilt auch in den Fällen, wo M für sich selber erwerben will; denn diese unredliche Absicht (Beispiel 1, 6, 7) wird von ihm nicht geäußert und bleibt daher als Mentalreservation nach § 116 außer Betracht.

Eingehender haben wir die zweite Möglichkeit, Eigentumserwerb des E, zu prüfen. Nach § 929 ist Einigung und Übergabe erforderlich. Die rechtliche Natur der Einigung ist bestritten. Die herrschende Meinung erklärt

[1]) Vgl. näher unten S. 10—12.

sie für einen Vertrag; [1]) nur vereinzelt wird die Vertragsnatur geleugnet. [2]) Auf diesen Streit brauchen wir hier aber nicht einzugehen. Jedenfalls ist das unbestreitbar und unbestritten, daß die Einigung sich aus zwei Willenserklärungen zusammensetzt, für welche die Vorschriften des Allgemeinen Teils über Willenserklärungen gelten müssen. Von ihnen kommt hier § 164 in Betracht, wonach eine Willenserklärung auch durch einen Vertreter im Namen eines andern abgegeben und entgegengenommen werden kann; m. a. W. auch bei der dinglichen Einigung ist Stellvertretung möglich, was übrigens von den Gegnern der Vertragsnatur teilweise ausdrücklich zugegeben wird. [3]) Es liegt also in allen diesen Fällen eine gültige Einigung zwischen V und M zu Gunsten des E vor, da M mit Vollmacht in E's Namen auftritt.

Was unter der weiterhin erforderlichen Übergabe zu verstehen ist, ist wiederum nicht ganz unbestritten. Einige [4]) verlangen eine solche Übergabe, durch die der Erwerber unmittelbaren Besitz erlangt, d. h. also eine Übergabe an ihn persönlich oder an seinen Besitzdiener (§ 855). Die überwiegende Mehrzahl [5]) der Autoren läßt jedoch auch die Hingabe an einen Vertreter des Erwerbers, der zu dem Vertretenen im Verhältnis des Besitzmittlers nach § 868 steht, als Übergabe im Sinne des § 929 gelten, also eine

[1]) Vgl. die Zusammenstellung bei Staudinger, Bd. III 1907, § 873 B I 2 a β).

[2]) So von Eccius, Gruchots Beiträge, Bd. 45, S. 455, Bd. 47, S. 51 ff.; Wolff, ebenda, Bd. 47, S. 26 ff.; Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag, 1904, S. 30 ff.; Bruck, die Einigung im Sachenrecht des B. G. B., Straßburger Dissertation 1900, S. 12 ff.

[3]) Bruck, a. a. O. S. 74.

[4]) Ortlieb, a. a. O. S. 28; Bruck, a. a. O. S. 74; vor allem Leonhard, a. a. O. S. 57.

[5]) Vergl. die Zusammenstellung unten S. 16[1]; ferner Biermann, Kommentar zum Sachenrecht des B. G. B., 2. Aufl. 1903, § 929, 3 b); Dernburg, Bd. III, 1908, § 99, II, 1.

solche Übergabe, durch die M unmittelbaren und E mittelbaren Besitz erlangt. Aber diese Streitfrage können wir hier ebenfalls übergehen. Da die Innenbeziehung zwischen E und M fehlt, so fehlt eben auch das Besitzmittlerverhältnis nach § 868. Durch die Übergabe an M erlangt also E gar keinen mittelbaren Besitz.

Das könnte nun freilich für die Fälle, in denen M als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt, [1]) zweifelhaft erscheinen. Vereinzelt wird nämlich in der Literatur die Ansicht vertreten, der auftraglose Geschäftsführer, der eine fremde Sache für den Geschäftsherrn in Besitz nehme, verschaffe dem Herrn unter Umständen mittelbaren Besitz. Und zwar soll es nach Planck [2]) darauf ankommen, ob der Geschäftsführer im eigenen oder im fremden Namen erwirbt; im letzteren Fall spricht Planck dem Geschäftsherrn mittelbaren Besitz zu, im ersteren nicht. Ist dies richtig, so würde hier E mittelbaren Besitz und damit auch nach § 929, wenigstens nach der herrschenden Meinung, Eigentum erwerben, da M ja stets in fremdem Namen auftritt. Aber Plancks Ansicht kann nicht als richtig anerkannt werden. Er begründet sie folgendermaßen: Nach § 868 sei für den mittelbaren Besitz einmal Recht und Pflicht zum Besitz auf Seiten des unmittelbaren gegenüber dem mittelbaren Besitzer erforderlich; dies sei für die Geschäftsführung ohne Auftrag durch § 681 S. 2, § 667 gegeben; sodann sei erforderlich, daß das Besitzrecht des unmittelbaren Besitzers als ein vom mittelbaren Besitzer abgeleitetes erscheine, und das sei eben dann der Fall, wenn der Geschäftsführer im Namen des Geschäftsherrn auftrete. — Ob wirklich der Geschäftsführer sein Besitzrecht vom Geschäftsherrn ableitet, wollen wir unerörtert

[1]) Vergl. von den oben S. 6 und 7 genannten Beispielen No. 2 und 4.
[2]) Planck, Bürgerl. Gesetzbuch, 3. Aufl., Bd. III, 1906, § 868, S. 63.

lassen; darauf kommt es gar nicht an. Recht und Pflicht zum Besitz bestehen bei der auftraglosen Geschäftsführung, wenn überhaupt, so doch nur bedingt, nämlich erst, wenn die Geschäftsführung genehmigt ist. Nach § 681 S. 2, § 667 könnte es zwar so scheinen, als ob sie stets beständen. Das kann aber nicht der Sinn des Gesetzes sein; andernfalls würde, wenn die Genehmigung versagt wird, sowohl der Geschäftsführer (nach Planck) wie der Geschäftsherr (nach § 684) zur Herausgabe eines durch die Besorgung erworbenen Gegenstandes verpflichtet sein; erworben hätten ihn aber beide, ersterer in unmittelbarem, letzterer in mittelbarem Besitz. Dies Ergebnis widerspricht entschieden der Ansicht Plancks; vielmehr ist zu bedenken, daß § 667 nur „entsprechend" angewendet werden soll. Ferner ist es doch mindestens fraglich und wird teilweise [1]) durchaus bestritten, daß jemand, ohne es zu wissen und zu wollen, mittelbaren Besitz erwerben kann, was doch nach Planck beim Geschäftsherrn der Fall sein müßte.

Eine noch andere Abgrenzung versucht Isay; [2]) bei Beantwortung der Frage, ob der Geschäftsherr mittelbaren Besitz erwirbt oder nicht, soll es nach ihm darauf ankommen, ob „die Geschäftsführung ohne Auftrag gerade im Besitzerwerb selbst bestanden hat" (hier kein Erwerb des Geschäftsherrn) oder die Geschäftsführung ohne Auftrag „eine umfassendere Geschäftsführung, etwa eine Vermögensverwaltung" war und ob „der Gestor im Laufe dieser Verwaltung eine Sache erwirbt;" in diesem Fall soll der Geschäftsherr mittelbaren Besitz erwerben. „Denn hier erfolgt ja der Besitzerwerb durch den Gestor vermöge der bereits begründeten obligatio negotii gesti" (d. h. auf Grund

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. III Sachenrecht, 4. Aufl. 1908, § 20 III, S. 73.

[2]) Isay, die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1900, S. 278.

des Verhältnisses, kraft dessen der Gestor zum Besitz berechtigt und verpflichtet ist, § 868).

Gegen diese Ansicht ist außer den oben gegen Planck geltend gemachten Bedenken noch das einzuwenden, daß Isays Kriterium jegliche Bestimmtheit vermissen läßt, weil es zwischen einer umfassenden Geschäftsführung und einer solchen, die gerade im Besitzerwerb selbst besteht, zahlreiche Zwischenstufen gibt, für die es an einer sicheren Entscheidung fehlen würde. Vielmehr ist mit der wohl herrschenden Meinung [1]) daran festzuhalten, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag, soweit sie wenigstens im Neuerwerb für den Geschäftsherrn besteht, keine Grundlage für mittelbaren Besitz bildet.

Hinzugefügt muß hier noch werden, daß die Erwerbsvollmacht des M für die Übergabe des § 929 keine Bedeutung hat. Nur Willenserklärungen können bei vorhandener Vollmacht für den Vertretenen wirken gemäß § 164; die Übergabe ist aber mehr als ein Austausch von Willenserklärungen, es kommt bei ihr das reale Moment des Gebens, der Besitzübertragung hinzu, auf welches § 164 unanwendbar ist. Daher hat eine Übergabe an den Vertreter nicht ohne weiteres die gleiche rechtliche Wirkung wie die Übergabe an den Vertretenen, sie ist ihr an sich nicht gleichwertig, sondern nur dann, wenn der Vertretene durch sie zugleich (mittelbaren oder unmittelbaren) Besitz erwirbt, was hier nicht der Fall ist.

Hiergegen ist nun folgender Einwand denkbar und auch tatsächlich erhoben worden: Wenn es auch richtig ist, daß die Vollmacht gemäß § 164 an sich für die Über-

[1]) Vgl. außer Dernburg noch: Biermann, § 868 Bem. 6, S. 37; Rehbein, Kommentar zum B. G. B., Bd. I, 1899. S. 279 III. 1; Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8. u. 9. Aufl. 1905, § 32 Anm. 15c) S. 164; Przibilla, in Jher. Jahrb. Bd. 50. S. 372 Anm. 2; mit weiteren Angaben S. 364.

gabe keine Bedeutung hat, wie eben gezeigt wurde, so erklärt doch E dadurch, daß er M zum Erwerb für sich bevollmächtigt, er wolle sich mit einer Übergabe an seinen Vertreter M begnügen, möge sie auch einer Übergabe an ihn (E) selber nicht gleichwertig sein. So sagt Isay [1]) inbezug auf den hier vorliegenden Fall (Vollmacht nach außen, aber Fehlen der Innenbeziehung): „Die Vollmacht als solche bezieht sich ja lediglich auf Willenserklärungen; im Falle eines Rechtsgeschäfts mit gemischtem Tatbestand" (der Übergabe) „enthält sie jedoch die für die Wirkung des realen Moments erforderliche Einwilligung. Hatte daher der Gestor" (M) „Vollmacht zum Empfang einer geschuldeten Leistung, die z. B. nach § 433, also aus einer obligatio ex vendito, in Eigentumsübertragung bestand, so war die Wirkung des Mangels der Innenbeziehung in einem jener Fälle die folgende: . . . . . Dem Dritten gegenüber besaß für die nach § 929 erforderliche Einigung der Gestor Vertretungsmacht, für die Übergabe des Besitzes die nach § 362 Abs. 2 erforderliche Einwilligung. Das Eigentum ging daher in diesen Fällen auf den dominus über." Diese Ansicht kann ich jedoch nicht als richtig anerkennen. [2]) Gewiß liegt in der Absendung eines Vertreters eine Einwilligung darin, daß die Übergabe an ihn statt an den Herrn erfolgt. Jene Einwilligung ist aber nur zum Teil rechtlich wirksam, nämlich nur, soweit dadurch der Schuldner ermächtigt wird, sich durch Übergabe an den Vertreter von seiner Übergabepflicht (§ 433) zu befreien, also nur für die obligatorischen Rechtsbeziehungen. Insoweit beruft sich Isay mit Recht auf § 362 Abs. 2. Ganz anders steht es — im Gegensatz zur Schuldtilgung — mit der dinglichen Rechtswirkung, dem Eigentumsübergang. Für ihn fordert

[1]) a. a. O. S. 360/61.

[2]) Ebenso Leonhard, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 44 (3. Folge Bd. 8), 1903, S. 426 unten.

das Gesetz in § 929 Übergabe an den Erwerber, was, wie wir oben feststellten, gleichbedeutend ist mit Besitzübertragung an den Erwerber. Gegenüber diesem gesetzlichen Erfordernis ist E's Einwilligung, sein Verzicht auf Übergabe an ihn persönlich, völlig wirkungslos. Denn niemand wird bezweifeln, daß die §§ 929—931 zwingendes Recht enthalten, daß es nicht im Belieben der Parteien steht, sich Eigentum auf andere Weise zu übertragen als durch die dort genannten Rechtsgeschäfte und Formen. Man kann hier auch nicht einwenden, die Abweichung von der Form des § 929, die sich die Parteien hier erlauben, nämlich die Übergabe an einen Vertreter statt an den Erwerber selbst, sei so unbedeutend, daß sie den Eigentumsübergang nicht hindere; sie ist deshalb nicht unbedeutend, weil E keinen Besitz erwirbt, was aber zum Eigentumserwerb nach § 929 unbedingt erforderlich ist. Es bleibt also dabei, daß das Eigentum nicht nach § 929 auf E übergeht, da eine gültige Übergabe fehlt.

Danach haben wir nur noch zwischen zwei Alternativen zu wählen: Entweder muß der Eigentumsübergang auf E anders als nach § 929 begründet werden, oder er findet eben nicht statt. Versuchen wir das erstere.

Die fehlende Übergabe des § 929 ist zum Eigentumserwerb nicht unbedingt erforderlich, sondern kann durch die in den §§ 930, 931 genannten Rechtsgeschäfte ersetzt werden, d. h. entweder durch ein constitutum possessorium oder durch die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe. Hier kommt nur letztere in Betracht; auf ihr hat nämlich Leonhard in der bereits zitierten Schrift [1]) seine Theorie über den Eigentumserwerb durch Stellvertreter aufgebaut. Er geht von der Auffassung aus, die Verschaffung des mittelbaren Besitzes genüge für die Übergabe des § 929

[1]) Vertretung beim Fahrniserwerb, 1899, oben S. 7.

nicht; [1]) der Eigentumserwerb des Vertretenen müsse daher in allen Fällen, wo der Vertreter nicht zugleich Besitzdiener ist und daher seinem Herrn unmittelbaren Besitz verschafft, anders als nach § 929 begründet werden. Leonhard tut dies auf folgende Weise: [2]) V einigt sich mit M dahin, daß das Eigentum auf E übergehn soll; dann übergibt er die Sache dem M; das genügt nicht, um E zum Eigentümer zu machen; folglich ist V noch Eigentümer. Jetzt ist aber weder der Veräußerer V, noch der Erwerber E im Besitz der Sache, sondern ein Dritter, nämlich M. Also kann jetzt das Eigentum nach § 931 übertragen werden, durch Einigung und Anspruchszession. Letztere kann auch erfolgen gegenüber einem Vertreter des E; dieser Vertreter kann zugleich M sein, dem die Sache eben übergeben ist; ferner kann die Zession auch im voraus erfolgen zu einer Zeit, wo der zu zedierende Herausgabeanspruch noch nicht besteht, weil V die Sache noch in Besitz hat, also vor der Übergabe an M. Umsomehr kann die Abtretung im Augenblick der Entstehung des Anspruchs, also der Weggabe des Besitzes an M geschehen. Endlich kann man in der Einigung zwischen V und M des Inhalts, daß das Eigentum auf E übergehen soll, zugleich diese Zession an E erblicken. Dann erlangt E mit der Übergabe an M Eigentum nach § 931.

Damit hätten wir allerdings eine Lösung unseres Problems im Sinne der ersten Alternative. Freilich hat Leonhard bei seiner Theorie hauptsächlich den Normalfall im Auge gehabt, daß M für E mittelbaren Besitz erwirbt; die hier behandelten Ausnahmefälle, daß E überhaupt keinen Besitz erwirbt, hat er jedoch beiläufig [3]) erwähnt, als Fälle, auf die seine Theorie ebenfalls anzuwenden wäre. Das letztere

[1]) Vgl. oben S. 9.

[2]) a. a. O. S. 84/85.

[3]) Fahrniserwerb S. 44, S. 100; Krit. Vierteljahrsschrift S. 426 unten.

ist nun unbestreitbar richtig. Gilt Leonhards Ansicht dann, wenn E nur den — nicht genügenden — mittelbaren Besitz erwirbt, so gilt sie auch hier, wo E überhaupt keinen Besitz erwirbt. Die Anwendbarkeit seiner Theorie ist demnach hier fraglos; dagegen steht ihre Richtigkeit noch durchaus nicht fest; im Gegenteil hat Leonhard in der Literatur [1]) fast einstimmigen Widerspruch erfahren. Der Hauptvorwurf, der seiner Theorie gemacht wird, ist der der völligen Überflüssigkeit: Es sei eine durch nichts berechtigte enge Auslegung des § 929, wenn man für die Übergabe Verschaffung des unmittelbaren Besitzes fordere, statt sich mit mittelbarem zu begnügen; es sei daher auch nicht nötig, den Eigentumsübergang mittels des Umweges über § 931 zu begründen. Dieser Hauptvorwurf trifft nun offenbar auf diejenige Anwendung der Leonhard'schen Theorie, die hier geprüft werden soll, nicht zu. Da E überhaupt keinen Besitz erwirbt, auch nicht mittelbaren, so kann von einem Eigentumsübergang nach § 929, wie oben [2]) schon gezeigt wurde, gar keine Rede sein. Der Eigentumsübergang läßt sich nur mit Leonhard auf § 931 stützen, oder er findet eben nicht statt. Überflüssig ist also Leonhard's Theorie hier nicht; aber ist sie auch richtig? Das zu beantworten, müssen wir auf die verschiedenen gegen sie erhobenen Bedenken eingehen.

[1]) Örtmann, im Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 17 S. 342, Bd. 20, S. 96; Eger, Vertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, Gießener Diss. 1900, S. 27. Ruppel, Übertragung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen bei Besitz eines Dritten, Leipziger Diss. 1904, S. 6/7. Isay, a. a. O. S. 342 ff; Langen, Eigentumserwerb und -verlust beim Kommissionsgeschäft, 1900, S. 92. Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechts, Bd. I, 1, S. 586; Planck, Bd. III, § 929 Erl. 6.; Biermann § 929, Bem. 3 b), S. 136.

[2]) Vgl. oben S. 14.

Zunächst behauptet Isay [1]), der Herausgabeanspruch, den V abtreten muß, um die Übergabe zu ersetzen, brauche gar nicht immer zu entstehen; das tue er z. B. dann nicht, wenn V die Sache von M gar nicht wieder haben wolle. Dann wäre freilich die Anspruchsabtretung und damit die Anwendung der Leonhard'schen Theorie unmöglich. In Wahrheit ist dieser Einwand aber hinfällig. Der Herausgabeanspruch besteht immer, wenn der Eigentümer nicht im Besitz seiner Sache ist (§ 985). Will V die Sache von M nicht wieder haben, so bedeutet das nur, daß er seine Vindikation nicht geltend machen will; dieser Verzicht auf die Geltendmachung hindert die Abtretung nicht, begünstigt sie vielmehr. Gerade weil V die Sache nicht wieder haben will, also seine Vindikation nicht selber gegen M geltend machen will, vielmehr der Meinung ist, E als der neue Eigentümer werde, falls nötig, die Sache von M abfordern, gerade deshalb kann man mit gutem Grund in der Einigung zwischen V und M zugleich die Vindikationszession an E erblicken, was näher unten [2]) zu erweisen sein wird.

Der Umstand, daß V die Vindikation abtritt, bevor — oder spätestens in dem Augenblick, wo — er den Besitz der Sache M überträgt, gibt Isay [3]) zu einem weiteren Bedenken Anlaß. Er bestreitet nicht, daß die Abtretung eines noch nicht bestehenden (also erst recht eines im Entstehen begriffenen) Anspruchs möglich ist; „diese Abtretung enthält aber die condicio iuris, daß der Anspruch demnächst für den Zedenten entstehen werde, und wird daher hinfällig, wenn dies nicht eintrifft. Im vorliegenden Falle nun ist eine Entstehung des Anspruchs für den Veräußerer überhaupt ausgeschlossen; denn uno actu, im selben

[1]) a. a. O. S. 344.
[2]) Vgl. unten S. 24.
[3]) a. a. O. S. 345; ihm folgend Eger. a. a. O.

Augenblicke, da er die Sache weggibt, hat er schon die Abtretung vollzogen, ist es damit gewiß, daß er nie einen Anspruch auf Herausgabe erlangen werde.“ Wäre diese Argumentation richtig, so wäre jede Abtretung eines noch nicht bestehenden Anspruchs unmöglich, wärend doch Isay das Gegenteil ausdrücklich zugibt. Denn seine Beweisführung läßt sich bei jeder Abtretung eines künftigen Anspruchs wiederholen. Man mache nur die Probe: Wird ein Anspruch vor seiner Entstehung abgetreten, so ist in dem Augenblicke, da er entsteht, die Abtretung bereits vollzogen, ist es damit gewiß, daß der Zedent den Anspruch nie erlangt, da er ihn ja schon abgetreten hat. Daraus erhellt ohne weiteres, daß Isay's Schlußfolgerung einen Fehler enthalten muß. Dieser Fehler läßt sich nicht nur indirekt wie eben, sondern auch direkt erweisen. Er liegt in Folgendem: Die „condicio iuris, daß der Anspruch demnächst für den Zedenten entstehen werde,“ ist zweifellos eine aufschiebende Bedingung. Wird aber die Vindikation unter der aufschiebenden Bedingung, daß sie demnächst für V entstehen werde, an E zediert, so tritt die Wirkung der Zession, der Übergang des Anspruchs auf den Zessionar E, eben erst mit der Erfüllung dieser Bedingung ein (§ 158 Abs. 1 B. G. B.), also dann, wenn der Anspruch für V entstanden ist. Das ist er, sobald der Fall des § 985 vorliegt, d. h. sobald V die Sache an M fortgegeben hat. Erst in diesem Augenblick, nach der Weggabe der Sache, geht der Anspruch von V auf E über und ist damit die Abtretung wirksam geworden. Darauf kommt es aber allein an, nicht, wie Isay meint, wann die Abtretung vollzogen ist, d. h. wann die Abtretungserklärungen abgegeben sind. Man wende nicht ein, § 158 B. G. B. gelte nicht für gesetzliche, sondern nur für rechtsgeschäftliche Bedingungen. Er gilt auch für gesetzliche; zwar steht er im Bürgerlichen Gesetzbuch nur für rechtsgeschäftliche Bedingungen; sein

Inhalt ist aber selbstverständlich und bedeutet nur eine Umschreibung und Erläuterung des Begriffes „Aufschiebende Bedingung."

Alle Gegner Leonhard's [1]) erheben ferner einstimmig folgenden Vorwurf gegen seine Konstruktion: Sie sei außerordentlich gekünstelt, insofern in der dinglichen Einigung zugleich auch die Abtretung des Herausgabeanspruchs erblickt werde. Dem ist einmal entgegenzuhalten, daß es auf die Künstlichkeit einer Konstruktion wohl nicht sehr ankommt. [2]) Den Parteien ist der juristische Weg, auf dem die Rechtsordnung ihren Wünschen nachkommt, in der Regel herzlich gleichgültig; ihnen kommt es allein auf die Erfüllung ihrer Wünsche, auf die Erreichung ihres Ziels an. Dieses Ziel ist aber „ein wirtschaftlicher, kein rechtlicher Erfolg." [3]) nämlich Übertragung der vollen Sachherrschaft. Von diesen allgemeinen Erwägungen abgesehen mag im übrigen dahingestellt bleiben, ob und wieweit man der Leonhard'schen Theorie den Vorwurf der Künstlichkeit mit Recht machen kann; für die hier in Rede stehende Anwendung dieser Theorie läßt sich jedenfalls, was im folgenden geschehen wird, zeigen, daß sie bei näherer Betrachtung gar nicht so künstlich ist, wie sie auf den ersten Augenblick erscheint, und durchaus nicht „auf einer Reihe von Fiktionen beruht." [4])

Wenn Leonhard in der dinglichen Einigung zugleich die Vindikationszession erblicken will, so ist dazu folgendes zu erwägen: Die Einigung zwischen V und E des Inhalts, daß das Eigentum von V auf E übergehn soll, bedeutet doch: Alle Eigentümerrechte, die bisher dem V zustanden,

[1]) Vgl. Die Zitate oben S. 16.

[2]) Leonhard, Krit. Vierteljahrsschrift a. a. O. S. 425.

[3]) Neuburger, Eigentumserwerb durch Anspruchsabtretung. Tübinger Diss. 1901, S. 29.

[4]) Isay, a. a. O. S. 344.

sollen fortan dem E zustehen; sie sollen von V auf E übergehn, sie werden also dem E von V abtreten. Eins der wichtigsten Eigentümerrechte ist nun aber die Vindikation, der Anspruch aus § 985. Ist er gegeben, — und das ist stets der Fall, wenn die Sache sich nicht im Besitz des V befindet, — so wird er auch mit abgetreten; m. a. W. die dingliche Einigung schließt dann, wenn ein Dritter die Sache besitzt, die Vindikationszession in sich

Wie verträgt sich mit dieser Feststellung aber der Wortlaut des § 931? Er verlangt für den Eigentumserwerb im Falle des Drittbesitzes erstens die Einigung und zweitens die Abtretung des Herausgabeanspruchs als Ersatz der Übergabe, wie sich aus der Verbindung von § 929 und § 931 unzweifelhaft ergibt. Das Gesetz sieht also, im Widerspruch zu unserer eben gemachten Feststellung, die Anspruchsabtretung nicht als einen Teil der Einigung an, sondern behandelt beide als vollkommen selbständige und und gleichwertige Erfordernisse des Eigentumswechsels. Dieser Widerspruch ist indes größtenteils nur scheinbar. In den weitaus meisten Anwendungsfällen des § 931 ist der Veräußerer zugleich mittelbarer Besitzer und hat daher gegen den unmittelbaren Drittbesitzer außer der Vindikation des § 985 auch noch den obligatorischen Herausgabeanspruch aus dem Besitzmittlerverhältnis, der Leihe, Vermietung u. s. w. Unter der Abtretung des Herausgabeanspruchs ist in allen diesen Fällen dann die Abtretung dieses obligatorischen Herausgabeanspruchs, sei es allein [1]), sei es in Verbindung mit der Abtretung der Vindikation [2]) zu verstehen. Dieser obligatorische Anspruch kann aber

[1]) So Neuburger a. a. O. S. 43; Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. III, Sachenrecht, 4. Aufl. 1908, § 101 I$_3$, S. 345.

[2]) Rümcker, a. a. O. S. 41; Ruppel, a. a. O. S. 25; Planck, § 931 Bem. 3 a; Staudinger, § 931, Bem. 3 a; Biermann, § 931, Bem. 1 c; Entsch. des R. G. in Zivils. Bd. 52, S. 394.

auch einem Nichteigentümer zustehen; er gehört nicht zu den begriffsnotwendigen Eigentümerrechten; seine Zession ist daher in der Zession sämtlicher Eigentümerrechte, der Einigung, nicht notwendig enthalten. Insoweit kann das Gesetz sehr wohl Einigung und Anspruchsabtretung nebeneinander fordern.

Wie steht es aber in den — freilich weniger häufigen — Fällen, wo der Veräußerer keinen mittelbaren Besitz hat? Ein solcher Fall ist gerade auch bei der hier in Rede stehenden Anwendung des § 931 gegeben. Zwischen V und M entsteht in unseren Beispielen niemals ein Besitzmittlerverhältnis, da M ja niemals als Selbstpartei, sondern stets als Vertreter auftritt. V wird nicht mittelbarer Besitzer und hat daher gegen M keinerlei persönlichen Herausgabeanspruch, sondern nur die Vindikation; nur sie kann für den abzutretenden Anspruch auf Herausgabe im Sinne des § 931 in Betracht kommen. [1]) Hier läßt sich nun der Widerspruch nicht so leicht lösen wie oben; vielmehr müssen wir etwas näher auf diesen Punkt eingehen.

Nach unserer Feststellung ist die Vindikationszession begriffsnotwendig bereits in der dinglichen Einigung enthalten. Trotzdem verlangt § 931 Einigung und Vindikationszession nebeneinander. Diesen Widerspruch zu beheben gibt es zwei Wege: Zunächst ist zu prüfen, ob vielleicht doch eine Einigung möglich ist, die die Vindikationszession nicht in sich schließt, bei der also V die Vindikation nicht mit abtritt, sondern für sich behält. Theoretisch ist eine solche Einigung vielleicht denkbar, nur entspricht sie nicht dem Gesetz; sie hat nicht den Inhalt, daß das Eigentum übergeht, was doch § 929 verlangt. Denn das, was in diesem Fall von V auf E übertragen wird, ist dann kein

[1]) Hieraus ergibt sich die Berechtigung, im Rahmen dieser Arbeit die Anspruchsabtretung wie bisher, so auch im folgenden mit Vindikationszession zu bezeichnen.

volles Eigentum mehr. Nun ist es aber unbestreitbarer Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs und ergibt sich aus den §§ 929–931 ganz unzweifelhaft, daß für jeden Eigentumserwerb eine dingliche Einigung erforderlich ist dahingehend, daß der Veräußerer sein Eigentum, so wie es ihm zusteht, auf den Erwerber überträgt. Dieser Inhalt der Einigung ist bei allen Arten des abgeleiteten Eigentumserwerbs (drittes Buch dritter Abschnitt dritter Titel No. I.) stets derselbe; es gibt nur eine Einigung, nicht mehrere Arten. Wenn nun im Normalfall des § 929 der Veräußerer alle ihm zustehenden Eigentumsrechte abtreten muß, und das dürfte unbestreitbar sein, so kann er nicht im Falle des § 931 eins von ihnen, die Vindikation, von der Abtretung ausnehmen.

Es bleibt noch eine zweite Möglichkeit, den Widerspruch zu lösen, wenn man nämlich im wörtlichen Anschluß an das Gesetz eine doppelte Vindikationszession fordert: Einmal als dingliche Einigung die Abtretung sämtlicher Eigentumsrechte und damit auch der Vindikation; sodann eine spezielle Vindikationszession als Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe im Sinne des § 931. Die erste allgemeine Abtretung genügte dann nicht zum Eigentumswechsel, sondern wäre solange unwirksam, bis die zweite besondere Abtretung hinzukäme. Aber auch dieser Ausweg erweist sich als ungangbar. Zunächst vom rein theoretischen Standpunkt aus: der Eigentumswechsel würde sich dann nämlich folgendermaßen vollziehen: Der Veräußerer tritt zunächst dem Erwerber seine sämtlichen Eigentümerrechte, darunter auch die Vindikation, ab (dingliche Einigung). Damit gehen diese Rechte aber noch nicht auf den Erwerber über; denn er erwirbt nach § 931 das Eigentum ja erst dann, wenn ihm auch der Herausgabeanspruch abgetreten ist. Daraus ergibt sich: Die Wirksamkeit der Einigung und damit auch, worauf es hier allein ankommt,

der in ihr enthaltenen Vindikationszession steht unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Vindikation dem Erwerber noch einmal zediert wird. Ist dies überhaupt möglich? Zunächst ja; infolge der aufschiebenden Bedingung ist die erste Zession noch nicht wirksam (§ 158 Abs. 1); der Veräußerer kann daher über den Gegenstand der Zession, die Vindikation, noch verfügen, also sie noch einmal zedieren (seine etwaige Ersatzpflicht nach § 160 Abs. 1 kommt hier nicht in Betracht). Nach § 161 Abs. 1 S. 1 ist aber jede weitere Verfügung, die während der Schwebezeit getroffen wird, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dieser Fall liegt hier vor. Die Bedingung des § 931, Vornahme einer zweiten Vindikationszession, ist eingetreten; damit tritt auch die von der Bedingung abhängige Wirkung ein, d. h. die Einigung und damit auch die in ihr enthaltene erste Vindikationszession wird wirksam. Dem steht aber die nach der ersten Zession getroffene weitere Verfügung, die zweite Vindikationszession, entgegen; denn derselbe Anspruch kann nicht wirksam zweimal abgetreten werden, sei es auch demselben Zessionar. Damit greift aber § 161 Abs. 1 S. 1 Platz: Von den beiden einander widerstreitenden Verfügungen ist die zweite unwirksam. Dann ist aber die Bedingung des § 931 noch gar nicht eingetreten, also auch die erste Zession noch gar nicht wirksam geworden u. s. w. Wir geraten damit in einen circulus vitiosus nach dem bekannten Beispiel von Epimenides und den Kretern. Es ist auch nicht möglich, daß Einigung und Anspruchsabtretung gleichzeitig erfolgen. Derselbe Anspruch, dieselbe Vindikation kann nicht gültig zweimal, einmal in der Einigung und einmal allein, abgetreten werden. Daß der Zessionar in beiden Fällen derselbe sein würde, ändert daran gar nichts.

Diese theoretischen Ausführungen würden an sich schon genügen zum Beweise, daß § 931 mit der besonderen Anspruchsabtretung neben der Einigung Unmögliches fordert. Immerhin dürfte es nicht überflüssig sein, zu zeigen, daß man vom praktischen Standpunkt aus auch nicht weiter kommt. Das Erfordernis einer besonderen Vindikationszession (neben der bereits in der Einigung enthaltenen) hat nämlich nur dann Sinn, wenn diese zweite Zession ausdrücklich erfolgen muß. Erfolgt sie stillschweigend, so müssen, damit sie überhaupt gültig ist, äußere Anhaltspunkte vorhanden sein, aus denen auf die Zessionsabsicht der Parteien geschlossen werden kann. Als solch äußerer Anhaltspunkt bietet sich aber stets die vorangegangene dingliche Einigung dar; denn wer sein Eigentum übertragen will, der muß auch damit einverstanden sein, daß der Erwerber die Herausgabe vom Drittbesitzer erwirken kann; andernfalls übertrüge er ja sein Eigentum nicht vollständig, es wäre keine vollständige dingliche Einigung vorhanden. Wohlgemerkt gilt auch dies nur für die Fälle, wo der Veräußerer zum Drittbesitzer in keinem persönlichen Besitzvermittlungsverhältnis steht. Steht er zu ihm in einem solchen Verhältnis, so läßt sich aus der bloßen Einigung vielleicht noch nicht ohne weiteres schließen, daß er den Erwerber sofort auch in dies obligatorische Rechtsverhältnis zum Drittbesitzer eintreten lassen will; jedenfalls kann die Frage ganz offen bleiben. Hier jedoch, wo ein solches Rechtsverhältnis nicht besteht, ist zu behaupten: Aus einer gültig und vollständig vorhandenen Einigung muß stets auf die Absicht der Parteien, zugleich die Vindikation zu zedieren, geschlossen werden, auch wenn diese Absicht nicht ausdrücklich erklärt ist; im Gegenteil müßte das Fehlen der Zessionsabsicht ausdrücklich erklärt werden. Damit kommen wir aber vom praktischen Standpunkt zu demselben Ergebnis, das wir oben theoretisch begründet

haben: In der dinglichen Einigung ist im Falle des § 931 bereits eine stillschweigende Vindikationszession enthalten. Einigung und Anspruchsabtretung, die § 931 fordert, laufen also doch schließlich auf bloße Einigung hinaus. Nur dann würde die besondere Anspruchsabtretung neben der Einigung zur praktischen Geltung kommen, wenn sie ausdrücklich erfolgen müßte. Dies Erfordernis ist aber im Gesetz gerade nicht, wenigstens nicht ausdrücklich, enthalten; es kann daher, wenn man § 700 Abs. 2 gegenüberstellt, aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und vor allem aus praktischen Gründen unmöglich für gesetzmäßig angesehen werden; auch in der Literatur wird es nirgends aufgestellt, vielmehr wird das Gegenteil ausdrücklich [1]) anerkannt.

Vielleicht hätte es der bisherigen langen Ausführungen nicht bedurft, um den gegen Leonhards Konstruktion erhobenen Vorwurf der Künstlichkeit zu widerlegen; wohl aber waren sie nötig, um zu zeigen, zu welchen Widersprüchen eine genaue Untersuchung des § 931 führt. Aus ihnen bleibt uns kein anderer Ausweg als der:

Wenn das Gesetz in § 931 für den Eigentumsübergang Einigung und Anspruchsabtretung verlangt, so hat es dabei die wenigen Fälle, in denen der zu zedierende Herausgabeanspruch nur die Vindikation sein kann und die an sich im Gesetz vorgesehen sind (vgl § 934), nicht genügend berücksichtigt. Hier ist es, wie oben gezeigt wurde, schlechterdings unmöglich, das Erfordernis einer besonderen Anspruchsabtretung neben der Einigung durchzuführen; hier ist vielmehr diese Abtretung sowohl theoretisch wie praktisch

[1]) Staudinger Bd. III, § 931, Anm. 4a), S. 341, mit weiteren Zitaten.

bereits in der Einigung enthalten; hier vollzieht sich daher der Eigentumswechsel durch bloße Einigung.

Vereinzelt ist diese Ansicht schon in der Literatur ausgesprochen. So sagt Kohler [1]): „Die Übertragung der Vindikation ist nur die Form, um die Eigentumsübertragungserklärung abzugeben; in der Tat geht Eigentum über durch bloßen Vertrag." Und Reichel [2]) erklärt, „die Einigung im Falle des § 931 sei verständigerweise stets so auszulegen, daß ihr stillschweigend (§ 133) zugleich die Abtretung des gegen den Dritten bestehenden Herausgabeanspruchs innewohne." Der Ansicht Kohlers haben Planck [3]) und Ruppel [4]) um so eher widersprochen, als Kohler sie nicht näher begründet hat. Aber sie haben dabei übersehen, daß Kohler — im Gegensatz zu Reichel, der keinen Unterschied macht — nur den Fall im Auge hat, wo der Veräußerer nicht mittelbar besitzt. Für diesen Fall aber müssen wir nach unserer obigen ausführlichen Untersuchung daran festhalten, daß die dingliche Einigung zum Eigentumserwerb genügt.

Damit erhalten wir nun für unser Problem eine einfache Lösung: V einigt sich mit M dahin, daß E Eigentum erwirbt, und übergibt ihm die Sache. Da E durch diese Übergabe keinerlei Besitz erlangt, so erwirbt er auch kein Eigentum nach § 929. Jetzt ist aber ein Dritter, nämlich M, im Besitz der Sache, und gegen ihn hat V, der wegen der Unwirksamkeit der beabsichtigten Übertragung Eigentümer geblieben ist, nur die Vindikation, keinen obligatorischen Herausgabeanspruch. Folglich ist jetzt die Übergabe oder ein sie ersetzendes Rechtsgeschäft

[1]) Archiv für bürg. Recht. Bd. 18. S. 88.
[2]) Jherings Jahrbücher. Bd. 53, S. 149.
[3]) Bd. III § 931, Bem. 3b), S. 228.
[4]) a. a. O. S. 32.

nicht mehr erforderlich, vielmehr genügt jetzt nach § 931 die bloße Einigung. Sie ist aber im Augenblick der Übergabe an M unzweifelhaft noch gültig vorhanden; also erwirbt E in diesem Augenblick Eigentum nach § 931.

Dieses Resultat, das wir bisher theoretisch begründet haben, ist nun auch in seinen praktischen Konsequenzen durchaus vernünftig und annehmbar; das wird ein Vergleich mit der entgegengesetzten Entscheidnng zeigen. Wer unserm Ergebnis nicht zustimmen will, der muß annehmen, daß das Eigentum bei V bleibt, weil die beabsichtigte Übertragung auf E unwirksam geblieben ist; wenn man nicht etwa der eigenartigen Ansicht Biermanns [1]) folgen will. Nach ihm hätte nämlich V das Eigentum an der Sache aufgegeben, und da weder E noch M es erwirbt, so würde die Sache herrenlos werden. Dies Ergebnis ist aber völlig unhaltbar. Denn dann würde ja M — und zwar gerade in den Fällen, in denen er unredlich handelt und daher die Sache widerrechtlich in Eigenbesitz nimmt, nach § 958 Abs. 1 das Eigentum erwerben; wenn man nicht etwa, was wohl kaum möglich wäre, die obligatorischen Rechte E's inbezug auf die Sache als ein Aneignungsrecht im Sinne des § 958 Abs. 2, das durch die Besitzergreifung seitens M verletzt wird, auffassen will. Diese Unbilligkeit würde auch dadurch wenig gemildert, daß M vielleicht zur Herausgabe der Sache oder ihres Wertes gezwungen werden könnte. In Wahrheit aber gibt V sein Eigentum nicht unbedingt, sondern nur zu Gunsten E's auf, er „derelinquiert" die Sache nicht in dem Sinne, daß ihm ganz gleichgültig wäre, wer sie erwirbt; im Gegenteil schließt er die Einigung unzweifelhaft auf E's Namen ab. Erwirbt E nicht, so bleibt V Eigentümer; alleiniger Besitzer ist dagegen M. In der Regel wird nun V zu der Eigentumsübertragung an E auf Grund eines

[1]) a. a. O. § 929, Bem. 3 b).

vorhergehenden obligatorischen, meist Kaufvertrages verpflichtet sein; diesen Vertrag wird wiederum meist M für E, ebenso wie das dingliche Geschäft, abgeschlossen haben. Dieser seiner Pflicht nachzukommen hätte dann V ohne Erfolg versucht; freilich war es nicht seine Schuld, daß das Eigentum nicht, wie er wollte, auf E überging; das lag vielmehr an dem Fehlen der Innenbeziehung zwischen M und E. Immerhin darf aber V auch das Eigentum nicht behalten; er ist daher für verpflichtet zu erachten, E die Möglichkeit zu verschaffen, die Herausgabe der Sache von M zu erwirken, dadurch, daß er ihm seine Vindikation gegen M abtritt. Auf Grund dieser Abtretung und der schon vorhandenen Einigung würde dann E gemäß § 931 das Eigentum erwerben. Der Unterschied zwischen unserer und der entgegengesetzten Entscheidung würde dann in folgendem bestehen: Nach unserer Auffassung geht mit der Übergabe an M sofort das Eigentum auf E über, nach der anderen erst durch eine nachträgliche besondere Vindikationszession.

Nun wird aber in manchen Fällen eine solche nachträgliche Vindikationszession gar nicht erfolgen. V wird oft gar nicht erfahren, daß die Innenbeziehung zwischen E und M fehlte, namentlich dann, wenn M als auftragloser Geschäftsführer gehandelt hat. Vielmehr wird E ohne V's Mitwirkung die Herausgabe der Sache von M erlangen. Erlangt er damit auch das Eigentum? Nur dann, wenn man die Übergabe von V an M und die ihr folgende von M an E als *eine* Übergabe im Sinne des § 929 ansieht und ferner annimmt, daß die Einigung zwischen V und M zu Gunsten E's in dem Augenblick, wo M die Sache an E weitergibt, noch rechtsgültig besteht (statt der Übergabe würde es auch genügen, wenn E, z. B. durch Genehmigung der Geschäftsführung des M, mittelbaren Besitz erwirbt; § 930). Ob diese beiden An-

nahmen nicht recht bedenklich sind, soll hier nicht näher untersucht werden, weil es den Rahmen der Arbeit weit überschritte. Sind sie unbedenklich, so geht jedenfalls das Eigentum auf E erst dann über, wenn er unmittelbaren oder mittelbaren Besitz an der Sache erlangt hat. Sind sie dagegen unzulässig, so kann E nur Eigentum erwerben, wenn er, nachdem er die Sache von M erhalten hat, mit V eine neue Einigung nach § 929 Abs. 2 eingeht; er bedürfte also der weiteren Mitwirkung des V. Aber auch hiervon abgesehen würde er ihrer dann, wenn M die Sache zurückhält, mitunter bedürfen, um in den Besitz der Sache zu gelangen. Zwar wird ihm gegen M trotz des Fehlens der Innenbeziehung in der Regel eine persönliche Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag, eventuell aus unechter Geschäftsführung (§ 687 Abs. 2), aus ungerechtfertigter Bereicherung und unter Umständen auch aus unerlaubter Handlung zustehen. Immerhin können diese Klagen in einzelnen Fällen nicht gegeben sein; sie versagen vollends gegen einen dritten Besitzer, an den M die Sache veräußert. Ist freilich dieser neue Besitzer gutgläubig, so erwirbt er nach § 932 Eigentum und zerstört damit E's Anwartschaft ohne weiteres; ist er aber bösgläubig, so ist E zur Durchsetzung seiner Ansprüche auf die weitere Mitwirkung des V angewiesen, d. h. darauf, daß V ihm die Vindikation (mit oder ohne Wiederholung der Einigung) abtritt.

Wer also nicht den sofortigen Eigentumsübergang auf E anerkennt, für den erwirbt E das Eigentum erst in dem Augenblicke, wo er den Besitz der Sache erlangt, oder wo er sich von V die Vindikation abtreten läßt. Unter Umständen ist der letztere Weg für E der einzig mögliche, nämlich einmal dann, wenn er der Vindikation bedarf, um die Sache von M zu erhalten, und ferner dann, wenn man den nachträglichen Besitzerwerb des E zum

Eigentumserwerb für nicht ausreichend hält. Endlich kann die Wiederholung der Einigung, neben oder statt der Vindikationszession, für erforderlich gehalten werden.

Hiermit sind die beiden verschiedenen Lösungen, die für unser Problem in Betracht kommen, gegenübergestellt. Bei ihrer Vergleichung läßt sich nun ganz allgemein jedenfalls soviel sagen, daß unsere den Vorzug der größeren Einfachheit für sich hat. Sofort mit der Übergabe an M erwirbt E das Eigentum. Der erklärten Absicht der Parteien, das Eigentum von V auf E zu übertragen, wird also auf dem einfachsten Wege Rechnung getragen. Freilich fiele die größere Einfachheit an sich wenig ins Gewicht, wenn sich nicht zeigen ließe, daß das Mehr, das die andere Lösung fordert, tatsächlich überflüssig ist. Einmal die nachträgliche Besitzerlangung. Hier ist darauf hinzuweisen, daß Eigentumserwerb ohne Besitzerwerb auch sonst vorkommt, nämlich in allen Fällen des § 931, in denen der Veräußerer zum Drittbesitzer nicht im Verhältnis des mittelbaren Besitzers steht. Denken wir uns nun auf der Seite des Erwerbers einen Vertreter und diesen Vertreter, wie hier, mit dem Drittbesitzer zusammenfallend, so bildet diese, hier gegebene Konstellation immer noch einen Anwendungsfall des § 931, und es läßt sich kein innerer Grund dafür angeben, daß jetzt Besitzerlangung des Erwerbers erforderlich sein soll. In beiden Fällen hat nicht der Veräußerer, sondern ein Dritter den Besitz der Sache; ob nun der Besitzwechsel vor oder erst bei der Veräußerung eingetreten ist, das kann keinen Unterschied begründen.

Hält man sodann eine nachträgliche Vindikationszession oder Wiederholung der Einigung für erforderlich, so entspricht das der Meinung der Parteien (V und E) gewiß nicht. Auch wenn man ihnen klar macht, daß V trotz der Einigung und Übergabe an M doch noch Eigen-

tümer ist, womit man sie gewiß sehr überraschen wird, wird ihnen doch das Erfordernis der Wiederholung der Einigung oder einer nachträglichen Vindikationszession mit Recht auffallend und überflüssig erscheinen. V wird einwenden, er habe doch alles getan, was er — in dem zu Grunde liegenden Kaufvertrage — versprochen habe; er habe seine Pflichten voll und ganz erfüllt, indem er die Sache M, dem Bevollmächtigten des Käufers, übergeben habe; etwaige Differenzen zwischen M und E gingen ihn nichts an. Ebensowenig wird E einsehen, warum er sich noch einmal an V mit einer Bitte um Abtretung der Vindikation wenden müsse; V's Einwilligung in die Vindikationszession sei doch selbstverständlich. V könne gar nicht anders als einwilligen; andernfalls würde er ja unredlich handeln, gegen seine Pflicht aus dem Kaufvertrage verstoßen, mindestens aber in unvereinbaren Widerspruch zu seiner früheren Handlungsweise geraten. — Nun ist es gewiß schon seltsam, wenn ein von den Parteien für überflüssig angesehener Vorgang so bedeutsame Rechtsfolgen wie den Eigentumswechsel nach sich ziehen soll; es kann aber auch geradezu bedenklich werden. Wenn nämlich V aus irgend einem Grunde nachträglich die Übertragung an E bereut, so gewährt der Umstand, daß E wegen der nachträglichen Vindikationszession seiner bedarf, ihm unverhofft die Möglichkeit, sich seinen Verpflichtungen aus dem obligatorischen Grundgeschäft zwar nicht ganz zu entziehen, — denn E hat ja meist aus dem Grundgeschäft einen klagbaren Anspruch gegen ihn, — wohl aber ihre Erfüllung zu verschleppen und zu verzögern, was u. U. mit Vereiteln gleichbedeutend sein kann. Es entspricht aber gewiß nicht der Billigkeit, daß das Fehlen der Innenbeziehung zwischen E und M, von V's Standpunkt aus ein reiner Zufall, ihm diese Möglichkeit gewährt. Noch größer wird die Unbilligkeit im Konkurse. Falliert

E vor Nachholung der Vindikationszession oder der Einigung, während sich die Sache noch bei M befindet, so erhält V durch denselben Zufall unter Umständen einen Rechtsvorteil, auf den er bei normalen Verhältnissen, wie er sie sich eigentlich vorgestellt hatte, durchaus nicht rechnen konnte. Ist nämlich auch der Kaufpreis noch nicht bezahlt worden, so schlägt der für V günstige § 17 K. O. ein, während er ohne das zufällige Fehlen der Innenbeziehung mit den übrigen Gläubigern nach § 26 K. O. behandelt worden wäre. Falliert dagegen V, so fällt der unverdiente und unerwartete Gewinn seinen Gläubigern zu, der darin besteht, daß E statt des zu erwartenden Aussonderungsrechts nur eine Konkursforderung in Höhe des Wertes der Sache hat.

Für die Rechtsstellung des M ist es gleichgültig, ob das Eigentum sofort oder erst durch eine nachträgliche Vindikationszession auf E übergeht. Denn der Eigentumswechsel vollzieht sich in beiden Fällen nach § 931; dann steht aber M immer der Schutz des § 986 Abs. 2 zur Seite; seine etwaigen Ansprüche gegen V dringen auch gegenüber E durch. Dasselbe zeigt sich im Konkurse des E. Entweder gehört die Sache sofort dem E und damit zu seiner Masse, oder der Verwalter hat es in seiner Hand, sich nachträglich von V die Vindikation abtreten zu lassen und damit ebenfalls die Sache zur Masse zu ziehen. M's Rechtsstellung ist in beiden Fällen dieselbe. braucht daher hier nicht näher untersucht zu werden.

Auffallend und bedenklich könnte an unserer Lösung höchstens der Umstand erscheinen, daß E ohne Wissen und Willen, z. T. sogar gegen seinen ausdrücklichen Willen Eigentum erwirbt. Aber dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Einmal kann E, will er die Sache nicht behalten, sein Eigentum sehr schnell und einfach durch eine traditio brevi manu an M übertragen. Sodann ist zu bedenken,

daß E an das von M abgeschlossene obligatorische Grundgeschäft gebunden ist, da er M Vollmacht erteilt hat. Wenn M z. B. auf Kredit gekauft hat, so kann E sich nicht weigern, den Kaufpreis zu bezahlen; dann liegt es aber auch in seinem Interesse, daß auch die dinglichen Rechtswirkungen zu seinen Gunsten eintreten. Und endlich ist hier auf das oben [1]) Gesagte zu verweisen: In den Fällen des § 931, wo der Veräußerer keinerlei Besitz hat, vollzieht sich stets der Eigentumswechsel als ein rein abstraktes Rechtsgeschäft ohne jegliche reale Grundlage auf Seiten des Erwerbers, durch bloße Willenserklärungen ohne Beziehung zum Besitz. Der Vollmachtgeber muß aber stets die Willenserklärungen seines Vertreters gegen sich gelten lassen, also auch diejenigen, die ihm das Eigentum verschaffen.

Was den Gefahrübergang beim Kauf anlangt, so hat hierauf der Unterschied zwischen unserer und der entgegengesetzten Lösung keinen Einfluß. Mit der Übergabe an M geht die Gefahr auf E über, einerlei ob E dadurch zugleich Eigentum erwirbt oder nicht. Denn wenn er M, wie hier vorliegt, zum Erwerb der Sache von V und damit auch zur Abnahme bevollmächtigt, so liegt darin ein Verzicht auf die Übergabe an E selber, die E nach § 433 Abs. 1 S. 1 von V fordern könnte, und eine Ermächtigung an V, die Sache statt an E an seinen Vertreter M zu übergeben; danach ist die Übergabe an M als vollgültige Übergabe an den Käufer im Sinne des § 446 anzusehen; mit ihr geht die Gefahr auf den Käufer über. Daß E durch diese Übergabe keinen mittelbaren Besitz erlangt, ist hier gleichgültig; denn hier ist sein Verzicht auf Übergabe an sich selber, wie oben [2]) schon betont wurde, vollgültig, weil er kein zwingendes Recht berührt, weil es sich

[1]) S. 30.

[2]) Vgl. S. 13 oben.

hier um die obligationenrechtliche, schuldtilgende Wirkung der Übergabe handelt, nicht um die reale Wirkung der Besitzverschaffung, wie sie zum Eigentumsübergang nach § 929 nötig wäre.

Endlich sind noch die strafrechtlichen Konsequenzen zu untersuchen. Wenn M die in E's Namen erworbene Sache für sich behält, so ist das die rechtswidrige Zueignung einer fremden, beweglichen, in seinem Besitz befindlichen Sache; es liegt also der Tatbestand der Unterschlagung nach § 246 St. G. B. vor, und es fragt sich nur, gegen wen sie begangen ist. Nach der hier vertretenen Ansicht ist E der geschädigte Eigentümer, nach der anderen V. Ohne Zweifel entspricht aber das erstere mehr der Billigkeit, worauf schon Leonhard [1]) hingewiesen hat. Ist nämlich V als der Verletzte anzusehen, so bedürfte es eines Strafantrages seinerseits, wenn M zu ihm in einem der in § 247 Abs. 1 St. G. B. genannten Verhältnisse steht, und M ginge ganz straffrei aus, wenn er Aszendent oder Ehegatte des V ist. Der natürlichen Auffassung erscheint aber E als der durch die Unterschlagung Betroffene; nur er, nicht V, ist wirtschaftlich geschädigt; V ist ja durch die Vollmacht des M vollkommen gedeckt und hat daher gar kein Interesse, den Strafantrag zu stellen, könnte auch nicht dazu gezwungen werden.

Bemerkt sei hier, daß M sich unter Umständen auch eines Betruges schuldig machen kann. Er erregt oder unterhält in V die falsche Vorstellung, er, M, sei zum Erwerbe von E beauftragt, und veranlaßt V dadurch zu einer Vermögensdisposition, dem Vollzug der Eigentumsübertragung. Wenn diese den E schädigt und ferner die Absicht auf rechtswidrigen Vermögensvorteil festgestellt ist, so sind damit die Tatbestandsmerkmale des Betruges

[1]) Fahrniserwerb S. 44, S. 100.

nach § 263 St. G. B. gegeben, sofern man der Ansicht v. Liszt's [1]) folgt, wonach Identität des Getäuschten und des Geschädigten nicht erforderlich ist. Beim Betrug tritt übrigens die oben gezeigte Unbilligkeit nicht zutage; denn hier handelt es sich um die materielle Vermögensschädigung und nicht um die formelle Eigentumsverletzung.

Hiermit haben wir nun die praktischen Konsequenzen unserer Lösung untersucht und können als Ergebnis der Untersuchung feststellen, daß sich nirgends stichhaltige Bedenken, in manchen Punkten dagegen erhebliche Vorteile gegenüber der entgegengesetzten Entscheidung ergeben. Wir haben also keine Veranlassung, das oben auf theoretischem Wege gefundene Ergebnis irgendwie zu revidieren, können es vielmehr dahin zusammenfassen:

Wenn ein Bevollmächtigter im Namen seines Vollmachtgebers, aber unbeauftragt, von einem Dritten eine bewegliche Sache erwirbt, so geht mit der Übergabe der Alleinbesitz auf den Bevollmächtigten, das Eigentum nach § 931 auf den Vollmachtgeber über.

[1]) Lehrbuch des Strafrechts, 16/17. Aufl. 1908, S. 469[1], § 139 II 3.